De este pleyto hai otros papeles en el tom 18 [illegible] fol. 421 y sobre el articulo prec.te al fol. 436 —

IESVS, MARIA, IOSEPH.

POR

EL CONVENTO DE MONJAS DE NVESTRA Señora la Real, y los demas acreedores de Pedro del Carpio: y por el mismo en el pleyto del concurso de los dichos acreedores: en el articulo.

CON

EL LICENCIADO D. LORENZO de el Castillo y Gallegos, Abogado de esta Real Audiencia, tutor, y curador de don Iustino de Iaurigui y Castilla.

1 EL HECHO deste pleyto, en quanto à este articulo, es muy breve; y de el haze relacion don Lorenço en su informacion de derecho, que à dado por don Iustino; y en la respuesta de lo que alega se yrà advirtiendo lo que fuere necessario para introduzir el derecho, notando, si uviere algo que importe, que no estuviere advertido en la dicha relacion, con mucha verdad, y puntualidad.

2 Todo lo que se escrive en la informacion de derecho contraria, y su pretension, se encamina a pretender, que la baxa de la moneda, de la cantidad que depositó don Lorenço, corriò por cuenta,

ta, y riesgo de los acreedores: ellos, y Pedro de el Carpio pretenden lo contrario. Fundaremos (en lo que nos fuere possible) este derecho, y responderemos a los fundamentos contrarios en cada articulo, siguiendo la orden de ellos, y la que insinua el I. C. l. 1. de postulando, ibi: *Postulare est desiderium suum, vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest exponere, vel alterius desiderio contradicere:* est ergo offitium advocati primum fundare intentionem sui clié tuli, & postea reflectere contraria, Anania, consl. 19. num. 11.

En quatro articulos divide don Lorenço su informacion, y siguiendo en esta la orden de la otra, pondremos por titulo de cada uno lo cõtrario, que se dize en la informacion de la otra parte.

Articulo primero.

Que no se pudo depositar el precio de las casas, sin descontar los tributos.

3 LA postura que hizo don Lorenço, dize assi: *Dixo, que ponia, y puso las dichas casas en setenta y dos mil reales de bellon, con calidad, que de la dicha cantidad se baxen, y descuenten los tributos que tuuieren las dichas casas, los perpetuos á razon de treinta mil el millar, y los al quitar, a razon de veinte; y los que fueren en plata su principal, auia de cumplir con reconocerlos, y descontarlos del dicho precio en bellon sus principales, con el premio corriente; y los à de poder redimir, y quitar quando quisiere, con el premio que corriere al tiempo de la redencion, y en el interin auia de cumplir con pagar los reditos en bellon sin premio alguno, aunque en las imposiciones se dixesse otra cosa: y el resto que quedasse de la dicha cantidad, baxados, y descontados los principales de los tributos en la forma referida, lo auia de depositar en poder de el depositario general, o pagarlo a quien por los dichos señores fuesse mandado, quedando por cuenta y riesgo de quien lo vuiesse de auer, en poder de el dicho don Lorenço de el Castillo; porque auiẽdose hecho el remate, no auia de correr ningun riesgo el dicho don Lorenço en el dinero, y la dicha paga, o deposito haria luego que se le aya aprouado el remate, y se le aya dado possession de las casas.*

4 Conforme a lo qual, el deposito que se avia de hazer, avia de ser de el resto, descontados los principales de los tributos; ut constat, ibi: *Y el resto que quedasse de la dicha cantidad, baxados, y descontados los principales de los tributos en la forma referida, lo auia de depositar, &c.* Para lo qual era necessario liquidar, y hazer la cuenta de lo

que

que montavan los tributos, los perpetuos a razon de treinta mil el millar, y los redimibles a veinte; y los que estuviessen en plata, con el premio corriente, y de lo que sobrasse se avia de hazer el deposito; de modo, que si los tributos consumiessen todo el precio de las casas, no avia de que hazer deposito, y si sobrasse mucho, o todo, de ello se avia de hazer: esto lo persuade bien la palabra, *Y el resto que quedasse*, si quidem residui appellatione totũ continetur, si nihil deest, & nihil cõtinetur, si nihil superest, l.2. Cod. de hæred instit. l. item quod Sabinus, vers. sed si es esse, D. de hæred. instit. l.19. titul.3. partit.6. ubi gloss. verb. fincava, Albarado de coniectur. lib.4. cap.3. numer.26. Zeph. cons.177. numer.16. lib.2.

5 De aqui nace, que el deposito se hizo intempestivamente cõtra el pacto, y convencion expressa en la postura, y asi, ni pudo perjudicar a los acreedores, ni causar liberacion a el comprador, siquidem depositum quod sobstituitur loco solutionis, & vim eius tenet; l. acceptam, Cod. de usuris, l. obligatione, Cod. de solution. Cravet. cons.705. num.7 & 8. etiam si fiat per extraneum etsi non sit debitor. l. qui decem, §.1. ff de solution. solutio autem debet fieri congruo tempore, l. si solutionis 39. ff. de solution. ibi: *Quid enim si in oportuno tempore, & loco obtulerim, &c.* Lo qual se aplica bien a nuestro caso; porque el deposito, o pagã, se devia hazer conforme al pacto, aviendose liquidado lo que sobrava, baxados los principales de los tributos: y el resto se avia de depositar, y asi no se hizo *en tiempo guisado*, como dize la ley 8. titul.14. partit.5. ex pluribus Hermos. in l.2. tit.3. partit.5. gloss.4. num.77. Dominus Rea, decis.13. num.34.

Quod quidem suadetur, con las palabras que se siguen, ibi: *Baxados, y descontados los principales de los tributos*: las quales inducen condicion, y forma sustancial, por estar concebida la oracion con ablativo absoluto, que induce condicion precisa, y forma inevitable, l. á testatore cum vulg. ff. de condition. & demonstr.

6 Y ajustando estas doctrinas a el caso, y hecho de este negocio, los tributos son de las cantidades siguientes, que todos estàn graduados por executoria de esta Real Audiencia, y la postura fue que los tributos se avian de descontar de el precio en bellon, sus principales con el premio corriente.

La

La Capellania de Mayor Alonso. 192U. mrs. bellō.
El Hospital del Cardenal. 37U400. bellō.
El Convento de Santa Maria la Real. 374U. de plata.
El premio corriente al tiempo de el deposito era de dozientos por ciento, y aun mas. 748U.
Diego de Anaya quinze mil seyscientos reales de plata. 530U400. plata.
Por el premio corriente. 1.q 60U800.
Ana de Iesus. 74U800.
Al Convento de Carmelitas Descalças. 750U000.

De modo, que lo que avia de descontar, eran 3.qs.767U400. maravedis, y lo q̃ montava el precio de las casas, eran 2.qs 618U maravedis, y assi los tributos consumian todo el precio de las casas, y aun faltava 1.q.149U400. maravedis, para satisfacer los principales de los tributos. Y assi quando se baxasse el tributo de las Monjas Carmelitas, cuyo principal es de 750U. maravedis, y no de novecientas mil, como dize la otra parte: aun todavia exceden los principales de los tributos a el precio de las casas en casi quatrocientos mil maravedis.

7 Infertur etiam otro defecto grande q̃ tuvo este deposito, scilicet, que se hizo de el dinero, y cantidad de que no se devia, ni podia hazer; y assi aviendo depositado todo el precio, contravino a el pacto, y depositò lo que no devia, siquidem; lo que devia era descontar, y reconocer los tributos, ut constat ex pacto, ibi: *Avia de cumplir con reconocerlos, &c.* y el deposito avia de ser de el resto: luego si en lugar de el reconocimiento de los tributos, depositô el principal de ellos, pagò; y depositò una cosa por otra? Et sic non liberatur, l.2.§ mutui datio, ff. de rebus cred. ubi Decius in ult. lectura, nu.35. Curtius Iunior, nu.35. Romanus, Ias. Gofredus, Thesaurus, Gutierr. & Castellus, quos refert, & sequitur Hermosilla in l.2.tit.3.partit.5.in add. ad glossam 3. & 4. nu.42.

8 Y no se satisface a estos fundamentos con lo que se dize en la informacion contraria, fol.3. en este articulo primero; porque la postura (como queda advertido) no fue de depositar todos los 72U reales en que se pusieron las casas, sino de el resto, reconociendo, y baxando los tributos: y depositarlo todo, fue dar una cosa por otra, y hazer el deposito contra lo paccionado. Ni se aplica bien a este caso la regla de la ley promissor 21.§. si sine die, ff. de

I

peccu-

peccunia constit. ni la regla de derecho, quoties in obligatione dies non ponitur præsenti die debetur: corriera bien, si la postura fuera absoluta de 77ꝗ. reales, y no calificada con las calidades de reconocer, y baxar los tributos, y depositar el resto. Y las palabras: *Y la dicha paga, o deposito, la harà luego que se le aya aprobado el remate*, estàn informadas con lo antecedente, videlicet, *el resto, baxados los tributos, lo avia de depositar, o pagar à quien por los dichos señores le fuere mandado*, y influyen en las siguientes, y las determinan, l.3. §. filius intermedias. ff. de lib. & posth. y todo lo que mira a paga, o deposito avia de ser solo de el resto, y no de todo el precio.

9 Para lo qual no estuvo en eleccio de el tutor el baxar los tributos cõtra el pacto, ibi: *Puso las dichas casas en 77ꝗ. reales, con calidad, q̃ de la dicha cãtidad se baxen, y descuenten los tributos que tuvierẽ las dichas casas, &c.* aquella palabra, *Con calidad*, hizo cõdicional la postura, Romanus, cons. 438. n. 4. Cumanus, cons. 601. n. 3. De modo, que aunque los acreedores tributarios estavan graduados por executoria, por los principales, y reditos de los tributos, no podiã ellos, ni otro acreedor, ni el deudor comũ, obligar a don Lorenço a que depositasse todo el precio: assi, ni el pudo depositar mas q̃ el resto, baxados los tributos, redimirlos si: tanto ex vi pacti, ibi: *Los à de poder redimir, y quitar quando quisiere* (que no era menester ponerlo, ni obrô nada) quanto ex propria natura census: cuya redencion es voluntaria arbitrio debitoris ex dispositioni iuris, & modus proprij Summorum Pontificum, y era iniquidad, y desigualdad intolerable, que quedasse en voluntad de don Lorenço el depositar todo el precio: y que a ello no le pudiessen apremiar los acreedores, ni el deudor comun, si bien confessamos, que podia hazer la redencion a los señores de los tributos.

10 De modo, que en nuestro caso, conforme a la postura, y remate, se deve hazer, y constituir diferencia entre la redencion de los tributos, y el deposito, o paga, a quien mandaren los señores; la redẽcion fue volũtaria ex pacto, & providẽcia, & ex dispositione iuris. El deposito, o paga precisamente de el resto, baxados los tributos: con que a mi ver se satisface a las dos razones primeras, que el tutor propone, para dezir que fue voluntario el baxar los tributos, porque no fue sino preciso. Y en quanto a la tercera, de que el pacto fue en favor de el menor, y que no se puede retorcer contra el, ex vulgatis iuris regulis: se responde casi con lo mismo,

y con la diferencia, que queda advertida entre el depositar, y el redimir, porque confessamos, que el pacto de reconocer los tributos, y no obligarle a que los redimiesse, fue en su favor, y assi pudo baxarlos, o redimirlos, no empero usar de el dicho pacto, y de el arbitrio en perjuyzio, y contravencion de el mismo pacto depositando todo el precio, aviendo de ser de solo el resto. Aora se verà quan lexos està de favorecerle la ley 2. de lege commissoria; porque como queda advertido, el pacto de baxar los tributos para hazer el deposito de el resto, fue preciso, y obligatorio; lo q̃ era volũtario fue el redimirlos, o baxaros: pero el depositar mas, o menos, no se puso en favor de el menor, sino precisa obligacion de depositar el resto, descontados los tributos, y no màs; ac vero in d.l. 2. el pacto legis commissariæ, fue puesto, & semper adducitur venditioni, favore solius venditoris, ut advertit Antonius Fab. in rationali ad d.l.2. in ratione decidendi, & est textus in l.3. eodem titulo. En nuestro caso el deposito, o paga era, y avia de ser solo de el resto; que es lo que podia, y devia hazer el tutor, descontando los tributos, y si los queria redimir, como podia hazerlo, avia de ser civili & legitimo modo; no empero entrar depositando los principales: sobre los quales no avia pacto en su favor para depositarlos inordinatè, & non servata iuris forma (de què se hablarà en el segundo articulo) y assi se dize bien, que el tutor no hizo lo que pudo, que era redimir, o baxar los tributos, y hizo lo que no pudo, que fue depositarlos; quod potuit noluit, & quod voluit adimplere nequivit, l.3. in fin. Cod. de contrah. & comm. stipulat. l. multum interest. Cod. siquis alteri, vel sibi. Y en el deposito que hizo, no dixo que lo hazia para redimir.

11 Y todo lo que se dize en este articulo, en razon de que el pacto puesto en favor de uno, no se à de retorcer contra el, y que podia usar de el pacto favorable la persona en cuyo favor se puso, y no usar de el, y que se à de interpretar en favor de aquel en cuyo favor se puso: no se aplica a nuestro caso; porque don Lorenço no usò de el pacto, ni lo admitiò, sino que depositò contra el mismo pacto, y contra lo mismo que prometiò, y para esto no ay favor que le pueda ayudar: no dudamos de que pudo redimir, o descontar los tributos, porque alternativamente estava obligado a ello, & in alternativis debitoris est electio, ut dictat iuris regula. Lo que negamos es, que pudiesse depositar lo què conforme a el

pacto

pacto avia de redimir, o difcontar. Confundenfe eftos terminos por la otra parte, no haziendo efta diferencia, que es la verdadera de el cafo, con que a mi vér, retorquentur iura per contrarium aducta; porque lo primero que fe à de confiderar es lo convenido, y paccionado; l. quod autem 11. ff. de in diem adiectione, ibi: *Inter effe multum quid inter contrahentes actum fit*: l. ea lege, ff. locati, ibi: *In huiufmodi obligationibus id maxime fpectare debemus, quod inter vtramque partem conuenit*: quæ iura ab adverfario adducuntur, idem probat textus in l. femper in ftipulationibus, ff. de regul iur. cum mille alijs.

12 El lugar de Graciano en el cap. 8. en el nu. 13. no es contrario, antes tambien favorece la pretenfion deftas partes; porque el depofito fe hizo legitimamente en el cafo de Graciano, ut conftat in principio, ibi: *Quia cõftabat de depofito per eum legitime facto*, & n. 11. ibi: *Quia fufficit femel actum legitime impletum*, y efto fue, porque precedió a el depofito la denunciacion, y ofrecimiento tan preciffo, que aunque no ay a pacto explicito de hazerlo, in effe videtur ex natura actus, idem Gratianus, num. 14. ibi: *Requiritur huiufmodi denuntiatio per vi meftre ante, unde quamuis hoc non fuiffet expreffum tamen intelligitur conuentum*, & latius dicetur infra in fecundo articulo.

13 En lo que fe dize, de que el Relator lo entendiò afsi en la liquidacion, no embaraça; porque ni haze ley, ni cofa juzgada, porque està contradicha, y no fe à confirmado, ni pudo alterar la difpoficion de derecho, ni lo prometido por la poftura, narratio facti nõ facit ius, cap. ex literis de fide inftrum. Tiraq. in l. fi unquam, verf. libertis, num. 37. Cod. de revo. don. Demas de que en la mifma liquidacion, antes de poner la claufula que traslada don Lorenço; dixo dos vezes el Relator lo mifmo que nofotros pretendemos. La primera en el tercero fupuefto de la liquidacion, ibi: *Baxandofe de ellos los tributos perpetuos a razõ de a treinta mil el millar, y los al quitar a veinte mil el millar, que eftan impueftos fobre las dichas cafas, como de el dicho remate confta, para que lo que reftare deuiendo de el precio de el dicho remate, lo ponga, y depofite en el depofitario general, o pague a los acreedores, &c.* La fegunda, en la liquidacion de el precio de eftas cafas, dize afsi: *Fue condicion, que de el precio en que fe remataron los dichos bienes, que fue 77U. reales de bellon, fe baxaffen los tributos perpetuos, y al quitar, &c.* Et ibi: *Y lo demas lo auia de depofitar, &c.* Y afsi fe à de entender lo que fe pufo en el fin de la liquidacion que fe trasladò por

la otra parte, pues lo antecedente influye en lo siguiente, maximé, aviendo procedido geminacion de clausulas, *ex his*, quæ Bart. & reliqui notant in l.cum scimus, C.de agri.&.cen.

14 La ley quamvis 45. que se dize, es decisiva, y la ley siquis ita stipulatus decem. in melle 57. ff. de solution. la estipulation d.l. quamvis, fue de pagar diez que avia recebido en dote el marido, y estava obligado a pagarlos facultativamente, y la paga avia de ser en ciertos predios hypotecados a la dote; la estipulacion de la ley siquis 57. fue de pagar diez en miel, y en uno, y otro caso cumple el deudor con pagar, o los diez, o las especies, quia decem sunt in obligatione, species autem in solutione, ut tradit Lassarte de gavellis, cap.7.num.6. no tiene que ver esto con nuestro caso: en el qual no se duda, que si don Lorenço quisiera redimir los tributos, lo pudiera hazer; lo que se dize es, que queriendo depositar, avia de ser solo el resto, baxados los tributos, y reconociendolos; y si los queria redimir, avia de ser legitimo modo, ofreciendo la paga, y redencion y luego procediendo a el deposito; porq̃ aviendo de hazerlo en fuerça de la promessa, era solo de el resto; y si lo avia de hazer como deudor de tributo, que quiere redimirlo, no à de ser començando por deposito, que es subsidiario, y en defecto, de no poder, o no querer recebirlo los acreedores. Confessamos que queriendo redimir, no tenian los acreedores accion, ni eleccion para dezir, o escoger el reconocimiento, o la redencion; pero no queriendo redimir, sino depositar, es indubitable que le podiã obligar a que depositasse solo el resto, y reconociesse los tributos, o se los redimiesse; y esto ultimo instavan los acreedores tributarios, diziendo que estavan graduados por los principales, y que se les avian de entregar, y no obligarlos, a que saliendo de un pleyto de acreedores, entrassen en otro para cobrar sus tributos: de modo, que la instancia que hazian, era en que se les avian de pagar sus principales; de que resulta, que el deposito no tuvo fuerça de paga, ni causò liberacion; porque los acreedores no reusavan de recebir los principales de sus tributos, y para proceder a deposito, y q̃ los acreedores corriesse el riesgo de la baxa de la moneda, no solo es necessaria la obligacion, como se confiessa, y funda biẽ por la otra parte en el principio de el articulo segũdo, sino q̃ el acreedor reuse recebir el dinero, sine iusta causa Tiraquel. de retractu convẽtion.§.4.glos.6.n.34. Dñs Rea, Felicianus, Avendaño, y Centio ab adversario adducti.

En

15 En quanto a la ley pupilli 96. §.cum eodem, ff.de solution.no sè q̃ venga para este caso, ni q̃ en el de aquel texto fuesse de cõcurso de acreedores: lo q̃ passò fue, q̃ uno avia prestado en un mismo dia dos cãtidades diferẽtes a un mismo deudor: el qual pagò cierta cantidad a su acreedor, de el precio en q̃ avia vendido las prẽdas q̃ avia hypotecado a ambos prestamos, a el tiempo de la paga no se señalô para qual de ellas se hazia (esto quiere dezir la palabra *Consortioni*, id est, in communione utriusque obligationis, ut interpretatur Caluinus, verbo, *Consortio*, & Accurtius in eodem text.) dize Papiniano, que el acreedor deve aplicar la paga para ambas deudas, *pro modo peccuniæ cuiusque contractus accepto facere debet, nec in arbitrio eius ellectio erit, cum debitor pretium pignoris in consortioni subiecerit.* Si don Lorenço estuviera obligado a redimir los tributos a un dueño, y fueran de un dia, y le pagara alguna cantidad, se aplicava bien la decision, para dezir que se avia de ratear en todos los tributos; pero no fue esta su obligacion, sino de baxar, y reconocer los tributos, y depositar el resto.

16 Ya avemos dicho, y es forçoso repetir (para responder a la ley plerumque, ff.de iure dotium) que quando la obligacion es alternativa debitoris, est ellectio para pagar en qualquiera de las alternativas: en ninguna cumpliò don Lorẽço, porque no reconociò, ni baxò los tributos, para depositar el resto; ni los redimiò, sino hizo lo que no pudo. Y el dezir que fue condicional la postura, no ayuda nada a la pretension contraria: antes si a la nuestra; porque la obligacion de depositar fue condicional, aviẽdo discontado los tributos, y de otra forma no se pudo hazer el deposito; porque lo concedido sub conditione, sub contraria censetur ademptum, & ècontra l.legata inutiliter. ff.de adimend.leg. y assi el que à de depositar cantidad, baxando, y discontando alguna parte, no puede hazer el deposito, sin aver hecho el discuento, quia conditio debet adimpleri in specifica forma, l.qui hæreddi, l.mævius, ff. de conditionib.& demonstr. Assi se forma la contraposicion: no como lo haze el contrario, diziendo, que quien promete de depositar, baxando los tributos, es lo mismo que si dixera, que no baxandolos lo depositaria todo; mudanse los medios, como dize el Dialectico, y incurre en la censura de el Iurisconsulto, in l. ea est natura 65. ff.de regul.iuris: *Ut ab euidẽter veris per breuissimas mutationes disputatio ad ea, quæ euidẽter falsa sunt perducatur:* ubi Accurtius,

hoc

hoc autem fit per breuissimas mutationes terminorum dissimiliter acceptorum, l. natura 177. ff. de verborum sign de qua Alciatus, lib. 2. prętermissorum, con que tambien se satisface a el argumento de todo ad partem, & écontra: aliquando quidem non procedit argumẽtum de parte ad totum, quia qui potest partẽ petere non potest totum, Caldeninus, consl. 111. aliàs consl. 2. titul. de arbitr. no es buen argumento, puede depositar diez, luego puede depositar veinte: buen exemplo es el de la ley servitutes 19. §. stilicidium, ff. de servitutib. vrbanor. præd. ubi, el que tiene servidumbre stilicidij, pude levantar las canales, *lenior enim fit eo facto seruitus*, no empero puede baxarlas, *quia fit grauior seruitus*; y el de la ley Imperatores 13. eiusdem tituli, de el que tiene una area libre de seruidumbre: en la qual aunque puede edificar, no á de ser ocupandola toda, *sed intermisso legitimo spatio à vicina insula*: y asi el que tiene facultad para depositar diez, no es bien dezir que puede depositar veinte.

17 Y no es alegar cosas contrarias, el aver dicho los acreedores contradiziendo la postura de don Lorenço, que no avia de cumplir con discontar los tributos, porque si entonces se admitiera esto, y se aceptara, y ofreciera pagarlo todo, y no hazer el discuento, parece que pudiera proceder lo que se alega: pero no aviendose admitido, antes aprobandose el remate con la calidad de el discuento, quien alega, y pretende cosas contrarias, es la otra parte: y aqui se buelve a hazer recuerdo de lo que queda advertido, de que don Lorenço no eligiò la alternativa de redimir, o reconocer, sino lo contrario a el pacto, que fue depositar sin discuento. Con lo qual parece, que està bien fundado, que no se pudo hazer el deposito, sin hazer primero el discuento de los tributos, que se puso por condicion precisa en el remate, y lo deviò cumplir don Lorenço, quid enim inter est utrum tali personæ dare iubeatur, vel in mari proijcere, ut inquit textus in d. l. mævius 55. de cond. & demonstr. Y asi el deposito se hizo fuera de tiempo, *Est enim conditio suspensio cuius de futuro effectus, vel confirmatio pendit*, ut inquit Accurtius in Rubr. de condition, & demonstrat. Azon. in summa Cod. de condit. insertis, & totam obligationem suspendit, usque dum perficiatur, Connanus, lib. 4. comm. cap. 17. nu. 7. y asi aun quando uviera resto q̃ depositar, no se podia hazer hasta que se liquidasse lo que montava.

Ar-

Articulo segundo.

Que con auerse hecho el deposito de todo el precio, no quedaron redimidos los tributos, por no auerse hecho oblacion, ni notificacion personal, y que no basta auerse notificado despues de hecho el deposito.

18 EN el principio de este articulo se confiessa por la otra parte, que para hazer legitimamente el deposito, y que este cause liberacion, es necessario que preceda la oblacion, y notificacion a el acreedor, y que esto es indubitable precipuè, para la redencion de censos, ex iuribus, & auctoribus in hoc articulo per contrariũ adductis, quibus addo Alexand. Trenta.lib.3. var. tit. de oblationibus, resolut.1.num.4.ibi: *Quando adest oblatio, consignatio, & deposito concludunt comm. DD. in d.l. acceptum, &c.*

19 Esta regla tan cierta, y confessada, se limita por la otra parte, para que proceda solo en caso, que el acreedor es cierto, y conocido, no empero quando es incierto, o ignoto, que entonces no ay necessidad de hazer la oblaciõ, o notificacion, antes de el deposito, y basta hazer este, sin que preceda aquella, y causa liberacion, como si se uviesse notificado: y que esto se aplica a nuestro caso, porque ningun acreedor puede cobrar hasta que esté aprovada la liquidacion.

20 Dexemos por aora esta limitacion sin tratar de impugnarla, ni dalle la inteligencia verdadera para su lugar; y solo tratemos de excluyr la aplicacion de ella a el caso de este pleyto.

Lo primero dezimos, que en el todos los acreedores, no solo eran ciertos, y conocidos, pero no se podia dudar de su certeza; porque estavan, y estàn graduados por executoria de esta Real Audiencia, en cuya execuciõ se vendieron las casas, cuyo precio se depositô: y assi no se puede dudar de su certeza, ni puede aver duda alguna de la verdad, conocimiento, y certeza, si quidem res iudicata facit rem certam, evidentem, & notoriam, Craveta cons. 819. Abb. cons. 89. num.2. & 3. lib.1. & non admittit aliquam impugnationem, Afflictis, decis.13. num. 28. & de non debito facit debitum, l. eleganter, §. si quis post, ff. de condict. indebiti, Aretinus, cons.40. num.39.

21 Lo segundo, porque en quanto a las cantidades de los principales

pales de los tributos, cuyo reconocimiento, discuento, o redencion, tocava a don Lorenço (no la paga de los reditos corridos antes de el remate) tambien eran ciertos, y tenian grado conocido los acreedores, y por executoria con antelacion a las deudas sueltas, y por cuenta de sus principales, no avian recebido cosa alguna, y asi personas conocidas, y ciertas, y todos vezinos de Sevilla, tenia la otra parte a quien hazer la notificacion, y oblacion, y no avia que temer acreedores anteriores, aun para hazerles las pagas, conforme a la decision 301. de Farinat tom. 1. en las anteposthumas, tanto mas para hazerles la oblacion.

22 Lo tercero, porque quando de este precio se uviessen de pagar a cada uno de los acreedores tributarios, tambien los reditos corridos hasta el dia de la redencion, y no estuviesse hecha la liquidacion, y asi non aparet quid, quale, & quantum debebatur, que es la descripcion de lo cierto in stipulat. l. stipulationum 74. ff. de verborum obligat. & certum est quod liquido apparet Alciatus in l. certum, ff. si certum petatur adhúc, se devia hazer la notificacion, para que los acredores liquidassen las cantidades que se les devian, y sacassen provisiones con toda brevedad, y recibiessen sus creditos; porque quando el acreedor es cierto, y la cantidad de la deuda no está liquidada, es necessario por lo menos interpelar a la parte ad calculandũ, ut ex Bartulo, & Surd. tradit Gratian. 4. tom. discept. 787. nu. 7. y ofrecer lo liquido, que eran los principales, ut ex Alexan. Bart. Dino, Tiraquel. Surdo, Barbosa, Feliciano, & Escobar, tradit Hermosill. in l. 2. tit. 3. partit. 5. gloss. 4. nu. 85. Y esto summa cum ratione, porque quando uviera alguna incerteza, esta se podia de facile reduci ad certitudinem, sacando provisiones para cobrar; y en este caso no se puede dezir que eran inciertos los acreedores, quo ad quantitatem debitam, quia quando incertitudo de facile potest reduci ad certitudinem, tunc non prestat impedimentum, Calderinus, cons. 521. aliàs cons. 6. de prævileg. Romanus cons. 188. num: 3. & 4. Baldus, cons. 188. lib. 5. Craveta, cons. 162. num. 3. vers. tertio. Lo qual procede con mas llaneza, quando incertum potest certificari per iudicem, Craveta, ubi proximè, nu. 6. & est in argumentum textus in l. quidam relegatus, ff. de rebus dubijs; y reconociendolo asi la Sala, aviendo la otra parte ofrecido el deposito, mandò dar traslado a los acreedores, para suplir lo que faltò a el pedimiento; y este auto se consintió,

pues

pues a instancia de la otra parte se hizo la notificacion (aunque a mal tiempo, como luego se dirà) y assi virtualmente ay cosa juzgada en este punto, y se deviò notificar el dicho pedimiento a las partes antecedentemente a el deposito, ut infra aparebit.

23 Con esto concurre, que quamvis fuessen inciertos los acreedores, se devia hazer la oblacion en juyzio a el mismo Iuez, textus expressus in l. si creditrici, Cod. de usuris (que se alega por la otra parte) ibi: *Absente vero creditrici*, præsidem super hoc interpellare debueras) ubi Bald. & Salicetus dicunt, *quod ubi præcedit oblatio, & sequitur depositio cessant usuræ, & absente creditore sufficit offerre in iuditio*: assi lo alega la otra parte, y assi lo admitimos, y advertimos aquella palabra, *Debueras*, in d. l. si creditrici, quod importat præcisam necessitatem, & obligationem, l. 1. in princ. ff, de edendo, gloss. in Clementina attendentes, verbo *Debeant*, de statu Regul. y no se cumple con el rigor de la palabra *Debueras*, sino es haziendo, o dando puntualmente lo que se deve, Cicero in Paradoxis: *tu posse te dicito quādoquidem potes: debere, ne dixeris, quoniam nihil quisque debet, nisi quod est turpe non redere*, sin embargo de que quando se trata de evitar las usuras, y que cesse el curso de ellas, basta que el deudor no tenga cierto acreedor, a quien pagar, Bartol. per textum ibi in l. si reus paratus in fin. ff. de procurator. Aliud est, para evitar el riesgo de la baxa, y que corra por el acreedor, ut notat Gregorius in l. 8. tit. 14. partit. 5. gloss. 4. ibi: *Ista oblatio, depositio, & consignatio requiritur ad hoc, ut debitor consequatur liberationem debiti, ut in iuribus supra in præcedenti gloss. allegatis, & ut periculum paccuniæ deinceps spectet ad creditorem: si tamen tractaretur de evitatione pœnæ, &c.* Y con esta distincion entiende la ley si fundus, §. Marcelus de lege cōmiss. que habla en caso de evitacion de pena, en que tambien habla la ley 14. tit. 12. partit. 5. y la ley cum quidam 17. §. si pupillo, ff. de usuris. Y aun en este caso, Bart. in l. si reus 37. ff. de procuratoribus (que se alega por la otra parte) dize: *Quando aliquis vult soluere, ut pœnam evitet, si non reperit eum, cui soluere posit, debet auctoritate iudicis facere consignare, & coram iudice offerre, & adhoc, ut sciatur utrum ille repertatur si forte esset forensis fiat præconium*, de modo, que igualmente se requiere la oblacion, què preceda a el deposito, para que toque el riesgo de la moneda depositada a el acreedor, y cause liberacion a el deudor, quando està presente, y cierto el acreedor, a el personalmente, quando es incierto, o ausente, a el Iuez, secundum

iura, & DD.supra citatos; y en la misma forma se entiende la ley ait Prætor 7. §.1.ff.de minoribus, para q̃ la paga hecha a el menor cause liberaciõ, deve hazerse a el curador, y sino le tiene adire debet debitor iudicẽ, & eius authoritate solvere, ut adnotavit Antonius Fab.in dict. §.1.in ratione decidendi, ibi: *Cumque hoc ipsum sciret debitor, aut scire deberet, imputari ei potest, cur in solutione non adhibuerit curatorem, aut iudicem*; y el deposito de que habla el texto es judicial; porque avia causa contenciosa, ut constat ex textu, ibi: *Et ideo si minor conueniat debitorem*; lo mismo prueva la ley frustra 5. Cod. de administr.tutor. ibi: *Cum exacta peccunia possit auctoritate Præsidis in depositi causam haberi, & depositum non præcedente oblatione nihil operatur*, gloss & Castrens. in d.l. acceptam, ubi quod si is, cui debebat offerre non aderat, tunc debet adiri iudex, & ibi protestari, quod est paratus solvere, l.si creditrici, Cod.de usuris in fin.& in l.fin.ff. de lege commiss. nam talis protestatio habet vim realis oblationis, l.de pupillo, §.si quis ipsi Prætori, ff.de novi oper.nunt. ut tradit Alex.Trentacinq.lib.3.var.tit.de oblation.resolut.1.nu.3.

24 Lo quarto es muy a proposito para fundar nuestra pretension, el lugar que se trae de Alexan.35.lib.3.variar. resolut.22. vers.tertio requiritur; adonde ex pluribus resuelve, que el deposito para causar liberaciõ debet fieri parte citata, & præcedẽte oblatione: lo qual pone por indubitable, quãdo (como en nuestro) el deudor, y el acreedor sunt eiusdẽ fori, y el deudor quiere evitar algun daño, o perjuyzio, o salir de su obligacion, y librarse de ella; *& ideo tunc* (inquit Trentacinch) *depositũ sine illa oblatione non dicitur legitimé factum, quia causam habet* (scilicet creditor) *non ire ibi ad domum depositarij ad accipiendam pecuniam; ex quo debitor debet ire ad eam peccuniam soluendam ad domum ipsius, & propterea cum culpa debitori imputari possit, sequitur quod depositum eius periculo perit, & non periculo creditoris*, Hermosilla in d.gloss.4. nu.36. dize lo mismo; y alega a Trentacinchio, y no se puede dudar, que don Lorenço, Pedro de el Carpio, y sus acreedores sunt eiusdem fori, tanto por ser vezinos desta ciudad, como porq̃ por el concurso, todos los acreedores, fiunt eiusdem fori.

25 El consejo de Pedro Surdo es 86. en el num.31. dize assi: *Et non est verum quod fuerit necessaria protestatio, & consignatio quando ignorabat Grauellis quis esset hæres illorum lugalium de Bruschis, & cui esset soluendum*, Rodriguez, lib.2.q.15. en el nu.55. habla quando creditor

domi-

domicilium mutaverit, & nescitur ubi sit, en el 56. quando nescitur creditoris domicilium, & ubi degat, en el num. 57. dà el modo que se á de tener para pagar a el tutor la deuda del menor, para conseguir plenissima liberacion, y evitar la restitucion de el menor contra la paga. Vease aora como se aplica esto a nuestro caso, en que los acreedores, como se vee por la executoria, Pedro del Carpio, y el administrador de sus bienes, son vezinos, y residentes en esta ciudad, en cuyos terminos procede inevitablemente la obligacion de el ofrecimiento, antes que se proceda a el deposito, ut eruditissimè, ex tota ferè Iurisprudētia, resolvit Dominus Rea (quem pro multis sufficit allegare) decis. 19. num. 14. & seqq. ubi sic decisum fuit in Granatensi Prætorio.

26 Y en quanto a dezir, que basta hazerse la notificacion despues de hecho el deposito: dezimos, que en el caso de nuestro pleyto no es cierta esta doctrina: en el qual se trata de pagar, y librarse don Lorenço de su obligacion; y asi precisamente deviò preceder la oblacion al deposito, ut ex Trentacinchio d. resolut. 22. supra tradidimus. Aliud est, quando el deudor trata de evitar, y purgar la mora, para no incurrir en la pena de caducidad, en cuyos terminos hablan Surdo, d. cons. 87. porque en este caso mas facilmente se admite la purgacion de mora, dum tamen ius creditoris non sit factum deterius, latè Pichardus de mora, num. 197. Y aun en estos terminos tiene lo contrario Rodriguez, d. quæst. 15. num. 59. que se alega por la otra parte, ut videre est apud eum; y en ambos casos, para evitar el riesgo de la cantidad depositada, y para que cessen los reditos, que no baste la oblacion hecha despues de el deposito, preposterando la orden de derecho, decisum fuit, apud Dominum Ream, d. decis. 19. num. 20. Y cierto que es cosa digna de reparo, que se procure escusar la otra parte de aver hecho la oblacion antes de el deposito, por dezir, que no eran ciertos los acreedores, y los hallasse luego ciertos para notificarles el deposito, *suspectus videri potest, qui præsente Domino peccuniam non abtulerit*, ut inquit Baldus, in d. l. acceptam, col. 3. quæst. 3. Cod. de usuris, Tiraquel de retractu linagier, §. 9. gloss. 3. num. 4. Y en efecto la oblacion siempre deve preceder, l. tutor 28. §. fin. ff. de administr. tutor. ibi: *Nisi & deposuit obsinatam*, d. l. acceptam Cod. de usuris, ibi: *Offeras, ac si non susceperint obsignatam in publico depone*, l. tutor. 28. §. 1. de administr. tutor. ibi: *Non sufficit obtulisse, nisi & deposuit obsignatam*

tam

tam toto in loco: plura congerit, D. Rea, decis. 19. nu. 14. & in terminis obsignationis sortis principalis cęnsus quòd præcedere debeat Avendaño, ex pluribus de cęnsibus, cap. 102. num. 9. quem sequitur D. Rea, ubi proximè, num. 19.

27 Con lo q̃ queda dicho se assegura bien la justicia de los acreedores, y de Pedro de el Carpio; y para mas claridad, y distincion de este negocio, y para desembolver muchas cosas que se acumulan en este articulo. es necessario hazer algunas distinciones, con que (a mi ver) quedarà sin dificultad alguna.

28 Lo primero que (como queda arriba advertido, ex d. l. semper in stipulation. ff. de regul. iur. cum vulgatis) se à de considerar para qualquier negocio, y contrato, es lo convenido, y paccionado por las partes, y en este caso lo fue, que don Lorenço avia de depositar el resto que quedasse de los siete mil ducados, baxados los tributos perpetuos, y redimibles, cada uno por su precio, o pagarlo a los acreedores que mandasse la sala: y en este resto que se avia de depositar, o pagar, avian de correr riesgo los acreedores, desde que se aprovasse el remate, y redimir los tributos quando quisiesse don Lorenço.

29 En este contrato ay dos cosas distintas; la una es el discunto de los principales de los tributos, cuya redencion era voluntaria. La otra el deposito de el resto, o pagarlo a quien mandassen los señores. Nada de esto hizo don Lorenço; porque para hazer el deposito, no discontò los tributos, ni pagó por mandado de la Sala, antes si contra su precepto; ni redimiò los tributos; porque aviendo de usar de la potestad facultativa de redimir, avia de ser precediendo la oblacion; porque en quanto a esto, no avia duda de que los primeros acreedores eran los tributarios, y que los principales de los tributos eran de cantidad cierta, y devida, y la liquidacion era solo necessaria para los reditos.

30 Lo segundo, que para en quanto a la redencion de los tributos, caso que la quisiesse hazer don Lorenço, no avia necesidad de verificar condicion alguna los acreedores, por lo que queda dicho: y porque el pagar a los acreeedores que la Sala mandasse, o depositar, era en quanto a el resto, hecho el discuento: y assi se vee con claridad de la postura; de que resulta, que los acreedores tributarios lo eran de don Lorenço, desde el dia que se aprovasse legitimamente el remate, y se le diesse la possession.

Lo

31 Lo tercero, que todo lo que se dize de administrador, y de q̃ el precio succedit loco rei, y q̃ este estava en sequestro, y assi lo avia de estar el precio, y que el comprador de los bienes concursados, no puede pagar a quien quisiere, sino a quien mandare el Iuez, o depositarlo, y que avia controversia entre los acreedores, sobre la liquidacion, y entretanto se á de sequestrar la cosa sobre que ay la controversia: se responde uno verbo, que conforme a el remate, todo estava claro, y destajado, y esto deviò cumplir don Lorenço, que era lo que tantas vezes se à dicho, descontar, y depositar el resto; porque nunca tuvo facultad don Lorenço de depositar todo el precio de las casas, conforme al remate; y para depositar el principal de los tributos, avia de ser præcedente oblatione, y qualquiera deposito, aunque fuesse de el resto, avia de ser legitimo modo; y pues el remate fue judicial, tambien lo avia de ser la paga, y deposito; y assi no dilatamos este papel en responder a tantas cosas como se juntan en el fol. 6. y 7. que mas parece averse escrito para mostrar don Lorenço sus buenos estudios en todas letras, que para fundar su pretension.

32 De todo lo qual se infiere, que este deposito tuvo el defecto de oblacion tan precisa, y que se requiere necessariamente para legitimar el deposito, y que la notificacion posterior arguye la certeza de los acreedores, y que no basta hecha despues de el deposito, preposterando la orden natural, y legitima, poniendo primero, lo que avia de ser despues, l. ut debitum, ubi gloss. & DD. Cod. de hæred. act. y este vicio solo de la preposteracion, anula el acto, Castren. consi. 117. num. 3. ubi quod sicut actus factus post finitum terminum est nullus, ita si fiat ante terminum ex præposteratione: idem Castrens. consi. 231. vers. secundo dico, præposterar las cosas, como dize Brisonio, y Caluino, es pervertir, y turbar el orden, & qui turbat ordinem, casum præcipitij sibi putat, cap. sicut Neophitus 48. dist. duo enim sunt per quæ benè contingit hominibus: rectam intentionem ponere, & modum assumere ducentem ad finem, videlicet ordinem, ut ex Arist. tradit Baldus, consi. 326. num. 2. lib. 1.

Articulo tercero.

Que el deposito no fue judicial, ni en tiempo legitimo; y que auiendose hecho propria auctoritate, no bastò, aunque se aya hecho en el depositario publico, y general.

33 PAra que el deposito tenga efecto de paga legitima, y que por el se libre el deudor deponente; y finalmente, para hazerse civili, & legitimo modo, se requieren muchas cosas, doze jūta Trentacinq. d. resolut. 22. ex num. 2. quinze, Hermosilla, in d. l. 2. tit. 3. partit. 5. gloss. 4. per totam, y estos citan infinidad de Autores.

34 Lo primero que haze a nuestro proposito es, que el deposito legitimo se á de hazer iudicis auctoritate, Hermosilla, ubi supra, num. 37. & sequentibus, Roland. consl. 63. nu. 32. volum. 1. lo qual procede indubitablemente en los depositos judiciales, seu necessarijs; porque ay unos voluntarios, y extrajudiciales, otros judiciales, y necessarios, Bald. in d. l. acceptam, num. 3. Cod. de usuris: los necessarios eo ipso, que lo son por necessaria consequencia, infieren a ser judiciales, & fieri debere iudicis auctoritate, ex Bald. supra; y son necessarios aquellos, que por alguna necessidad de derecho precisa, o causativa, ay obligaciō de hazer deposito: la precisa es, quando alguna cosa mueble es letigiosa, y el posseedor no idoneo, y en este caso se induze por derecho obligacion de secresto, y el Iuez la tiene de hazerlo; y este genero de deposito toca a officio publico de depositario general, y el Iuez lo deve hazer en el, ut in l. si fideiussor, ff. qui satisd. cogatur: y lo mismo es quando la necessidad es causativa, como quando el deudor quiere pagar a el acreedor, y este no tiene persona legitima para recebir el dinero, o no parece, o quando quiere librarse de mora, de pena, o usuras, o cumplir alguna condicion; en estos casos, el deposito á de ser, y es judicial, y se deve hazer mandato judicis; y toca tambien a el depositario general: el qual aunque de derecho comun no se avia titulado, era el que entonces avia las casas sagradas, l. ait Prætor. §. sed hodie, ff. de minoribus, l. si rebus 73. ff. de procuratoribus, l. litibus, Cod. de Agricol. & censitis, ibi: *Reditus annui per officium iudicis exigantur, & deponantur in ade sacra*, vel in Kimiliarco civitatis, l. fin. Cod. de bonis, aut iud. possid. ibi: *Necesse est eos præsentibus tabullarijs signari, & Kimiliarco sancta Ecclesia deponere*. Lo mis-

mismo es en las cosas, que junto con ser comunes, son individuas; y los compañeros discuerdan en poder de qual de ellos an de estar, que toca al Iuez depositarlas en lugar publico, l. cætera, 4. §. fin. ff. famil. hercisc un. l, 1. §. si pæccunia, vers. sed si res, ff. depositi. Y lo mismo quando el que voluntariamente recibiô el secresto, se quiere, y està en caso de exonerarse de el, l. ei apud quem, §. fin. ff. depositi, que empieça, si velit sequester officium deponere, y acaba, sed oportet eam arbitratu iudicis apud ædem aliquam deponi. Y aunque estos textos en la materia de depositos, en que tratan, hazen mension de lugar publico, y particular de la æde sacra; esto es por la mayor seguridad que tenian los depositos hechos en ella, por la reverencia que se tenia a aquel lugar, ut traditur per Tiraquel. de retractu conu. §. 4. gloss. 7. nu. 12. Pero la principal autoridad estava en el Iuez: el qual podia escoger persona en quien hazer el deposito, o el lugar sagrado, donde se acostumbrava, ut satis insinuat, textus in d. l. ei apud quem, §. fin. ff. depositi, y lo prueva, d. l. acceptam, ubi Bald. nu. 3. notat quod ubi dubitatur de loco tuto iudex ellegit locum ad petitionem offerentis, & illi intelligitur locus legitimus, qui iudici videtur congruus; y lo que avemos dicho lo declara Baldo con una palabra, ibi: *Et hoc verum in deposito iuditiali.*

35 Ay otro genero de depositos, que son extrajudiciales, como dize Baldo en el mismo lugar: y estos consisten en el ser voluntarios; porque como depende de la voluntad de la parte, el depositar, o no la cosa, o disponer de ella de otra manera, depende tambien la persona, o lugar adondo quisiere depositar, y de este genero de depositos es, de el que regularmente se trata en el titulo, ff. & Cod. depositi, & declarat Bald. ubi supra, ibi: *Sed in extraiudiciali deponens elligit locum prout sibi placet, quia de eo quod deponitur non est controuersia, ut notatur de adm. tut. l. ita autem in princip. & de negot. gestis, l. debitor* 13. Carrotius de deposito, quæst. 2. num. 30. vers. tertia est divisio dipositi: Pedro Gregor. lib. 23. sintagm. iuris cap. 3. nu. 19. Esta diferencia entre deposito judicial, y extrajudicial de Baldo, la siguen Tiraquel, ubi supra, num. 11. Ruinus, cons. 152. num. 7. Carrotius de deposito 2. part. quęst. 69. Mantica, de taci. & ambig conu. lib. 10. tit. 2. num. 2. Guiurba, decis. 38. nu. 5.

36 Con esto se convence la distincion, que haze la otra parte, en que pretende, que aviendose hecho el deposito en el depositario

gene-

general, no es necessaria la autoridad de el Iuez (grande fuera la de el depositario general, si esto fuera cierto) pero si se haze en persona particular, á de preceder mandato de el Iuez, aliàs est nullū, & invalidum, y dize, que esta es distincion legal, y la exorna con muchas erudiciones muy buenas, quibus addimus Carrotium, de deposito, 1. part. tit. si uni ex hæredibus, num. 4. Tiraquel de retractu convent. §. 4. gloss. 7. num. 12. ubi ad saturitatem de literis eruditionis, & humanitatis; vamos a lo legal, que es lo hiriente, y que importa para nuestro negocio.

37 Esta distincion entre el deposito hecho en el depositario general, y en el hecho en persona particular, dize la otra parte, que se prueva lo primero con la ley acceptam, Cod. de usuris: la qual no prueva que el deposito hecho en æde sacra, para obrar sus efectos no sea necessario mandato de el Iuez, ni otra cosa que nos sea cōtraria, antes si en todo favorable; para cuya inteligencia se à de suponer, que una cosa es disputar, si a el deposito à de preceder mandato de el Iuez, y otra el lugar donde se á de depositar: en lo primero es corriente, y en nuestro Reyno indubitable, ut advertit Hermos. supra num. 39. que deve preceder el mandato de el Iuez. Para lo segundo de elegir persona en quien se haga el deposito, no es necessario que el Iuez la elija, si la ay publicamente diputada para ello, como en Roma, y en España (antes que uviera depositario general) los Templos, y despues que ay depositario general, en el; y si no le ay, á de ser de los depositos necessarios, y judiciales, el lugar que señalare el Iues; y esto se aplica bien a el texto: en el qual se avia hecho el ofrecimiento judicialmente, *post contestationem offeras*, y dize la gloss. vers. post contestationem, *idest, post testium vocationem, & denuntiationem*, y todo esto claro està que es judicial: pero dizelo mas claro el texto, ibi: *Vel ubi competens iudex super ea re aditus*: de modo, que para el lugar de el deposito, despues de averlo mandado hazer el Iuez, es la alternativa, *vel sacratissimas ædes, vel ubi competens iudex, &c.* No empero para en quanto a hazer el deposito, que este à de ser præcedente iudicis mandato, siendo necessario, y judicial el deposito: y quando el texto no lo dixera, supuesto que no dize lo contrario, se avia de entender assi. Lo primero, porque ay otros textos, que sin distincion alguna requieren que preceda el mandato de el Iuez, l. si reus paratus, ff. de procurator, cum alijs adductis per Tiraquel, dict. §. 4. gloss.

gloss.7.num.11. Lo segundo, porque tambien ay textos que no expecifican que se aya de hazer in loco publico el deposito, l.1. §.apud Iulianum.ff.de depositi. y claro està que á de ser *in æde sacra, aut ubi competens iudex super ea re aditus præceperit*, d.l. acceptam, para que se haga civili modo, como se deven entender todos los actos juridicos; y deste modo no seràn contrarios los textos que requieren que preceda mandato de el Iuez a el deposito; y los que no lo especifican, si bien no dizen que no es necessario, supliendo en estos lo que requieren los otros, ut sic iura iuribus concordentur, l. sed, & posteriores, l. non es novum, ff de legibus, Barbosa in l. 1. ff. soluto matrim. 1.part. num.7. y assi entiende la ley acceptam, Tiraquel. ubi supra, Gratianus, cap 260. num.25. y que la ley acceptam habla en deposito judicial, hecho ex necessitate causativa, para evitar el curso de las usuras, por no aver querido el acredor interpelado recebir la paga, tenet Baldus in d.l. acceptam, nu. 3. Corrasius, lib.9. miscelan. cap. 2 num.1. Mantica de tacitis, & amb. coniect. lib.10.tit.2. Carrotius, q.2.num.3. vers. tertia est divisio, & 2.part.quæst. 69. Gratian. d.cap.260.num.26.

38 En nuestro caso es mas preciso lo que dexamos dicho, porque en el de la ley acceptam uvo oblacion para evitar el curso de las usuras (que aun es mas facil) y en el nuestro no la uvo; y assi quiere la otra parte dos singularidades en su favor: la una, que sin oblacion sea legitimo el deposito contra notissimos iuris regulas, de quibus supra. La otra, que no sea necessario que preceda a el deposito mandato de el juez adversantibus legibus, & auctoribus, de quibus Tiraquellus, & Hermosilla, ubi supra, & in terminus redemptionis tributorum, Felin. Avendaño, & Ceneio, quos allegat, & sequitur taquam Hermosilla, d.gloss.4.num 37 y ya se sabe la dureza que tiene pretender en un mismo caso dos singularidades, l.1. Cod. de dotis promisione.

39 Præterea, este deposito se hazia en execucion de el remate judicial, hecho por mandado de la Sala, y assi por su mandado se avia de hazer el deposito, l. frustra 5. Cod. de admin. tuto, y por esto es necessario constituir diferencia entre dos casos: el uno quando no ay litigio, ni controversia sobre la cosa de que se quiere hazer el deposito, y entonces regularmente no

es necessario que preceda auto del Iuez para hazerlo, como se haga en persona, o lugar publico, o convenido: aliud erit, quando ay controversia, y competencia judicial sobre la pertenencia de la cosa, o cantidad sobre que se litiga; en este caso se deve hazer el deposito præcedente mandato iudicis, eligiendo el juez el lugar, o haziendose in loco, vel persona de publico ad hoc destinata, y precediendo tambien los demas requisitos de oblacion, y consignacion, ex Trentacinq. & Hermosilla supra citatis, Tiraquel, de retractu linagier, §.9 gloss.3. num.5.

40 Quodquidem suadetur viva, & aspirāte ratione siquidem, el deposito subrogatur, & succedit loco solutionis, quando ay impedimento para hazer la paga, ora sea ob defectum, & illegitimationem creditoris, o por la controversia en el modo, lugar, calidad, o cantidad de la paga; que son los terminos de la ley 1. §. apud Iulianum, vers. oportere, ff. depositi, l. si duo, ff. ut legator. nom. caveatur. Y para que se haga legitimamente, y cause liberacion, se à de interponer la autoridad de el Iuez, cuyo hecho reputatur factum partis, l. si ob causam, Cod. de evict, l. 1. & 2. C. credit. evict. pign. non deb. l. creditor, D. de evict. Fran. Mar. cap. 9. quæst. 926. & est maioris auctoritatis quam factum partis Ias. in l. á Divo Pio, §. si emptor, num. 3. ff. de re iudicata, y todavia se requiere, que sit legitime á iudice factum ex Ias. ibidem; y como el acreedor avia de recebir el dinero, y por su defecto no se le puede entregar, recibelo el Iuez, mandandolo depositar, con que se tiene por hecha la paga; y causa los mismos efectos que si le hiziesse a el mismo acreedor.

41 De aqui resultan dos cosas, la una, que aviendose de formar juyzio para hazer el deposito, deve precisamente preceder la oblacion, o notificacion, pues no ay juyzio tan privilegiado en el mundo, que se pueda hazer, sin que preceda la notificacion, o citacion de la parte: y aqui es muy preciso, para que el acreedor remueva, si pudiere el impedimento, y sino pudiere, se proceda a el deposito. La segunda, que supuesto que este se subroga en lugar de paga, á de aver persona a quiē se haga, y como el acreedor no la puede recebir, o lo reusa, deve interponerse el juez por la parte, para que aya persona legitima

tima a quien hazerse, a exemplo de los bienes de el deudor, que se venden judicialmente, para hazer pago a el acreedor, en que tambien el juez interpone su hecho ob defectum, seu repugnantiam debitoris non solventis, Alexand. consil. 212. num. 7. vers. secundo respondeo, lib. 6. & in terminis, Tiraquel. de retractu linagier, §. 9. gloss. 3. & ultima, num. 3.

42 Con estas distinciones es facil la inteligécia de todos los textos que se traen, para provar que no es necessaria autoridad de el Iuez para hazer el deposito; porque si bien ninguno lo dize, unos hablan en caso que no ay controversia sobre la paga, ni litigio en razon de a quien pertenece, o como se à de hazer; otros solo disponen de el lugar adonde se deve hazer el deposito, sin dezir si avia de hazerse por mandado de Iuez, ya sea por tenerlo por constante; y assi aunque la ley 8. tit. 14. partit. 5. no habla cosa alguna de Iuez, todavia se tiene por constante, que se à de hazer por su mandado, como lo advierte el señor Gregor. Lopez, ibi gloss. 3. ya porque no se tratava en sus casos de esta question, y el mismo Gratiano en el cap. 260. num. 25. y 26. que se alega por la otra parte, haze la diferencia que queda referida, quando ay pleyto pendiente, de que hablan todos los textos que requieren que preceda a el deposito iussus iudicis, y los demas de los depositos extrajudiciales, de quibus loquuntur iura ab adversario adducta, & textus in l. ita, ut in princ. ff. de administr. tutor. & in l. debitor de negot. gestis: y assi Gratiano, num. 24. dize: *Ultra quod in hoc secundo deposito, neque potest fieri aliquod fundamentum, cum fuerit factum sine auctoritate iudicis*: & in num. 25. *& quidquid alij contrarium sentiant, hanc opinionem tanquam verissimam sequendam, &c.* Y Accatio Ripol, cap. fin. num. 263. y num. 163. como se alega, solo trata de el lugar adonde se deven hazer los depositos; y dize, que en Barcelona se devé hazer in tabula cambij depositorum civitatis (que deve de ser depositario publico, como en Sevilla el general) y en los demas lugares de Cataluña, in loco publico ad id deputato; y sino le ay, los Regidores eligen persona abonada, conforme a unas constituciones de aquel Reyno. Y en el cap. 10. n. 3. habla de el deposito, que segun lo que se colige de Fontanela de pact. nup. 2. tom. claus. 7. gloss. 3. part. 6. num. 24. y de Cancerio, 3. par. var. cap. 8. num. 12. & sequentibus, es deposito que haze el heredero del el marido, de la dote, aviendo precedido la oblacion, y consig

nacion

nacion Real, y conforme à las cõstituciones especiales de aquel Reyno habetur pro solutione: pero si se haze cum sulta ad ordinationem iudicis; porque esto parece que induce condicion, no causa liberacion huiusmodi depositũ, porque à de ser puro, y no condicional, ut tradunt supra relati precipuè Canlerius, nu. 14. & seqq. hæc enim, si algo tienen al proposito de este pleyto, es contra la otra parte; porque si bien el deposito hecho en el depositario general de Cataluña, habet vim solutionis, por sus constituciones, todavia à de ser precediẽdo oblacion, y Real consignacion, como expressamente se dize en todos los textos, y lugares que se alegan en la informacion contraria, que no son pocos, y los avemos visto con gran cuydado, y advertido en ellos tres cosas. La primera, que ninguno dize que no es necessario el mandato de Iuez, especialmente quando ay pleyto formado, à diferencia de el extrajudicial, quando no ay controversia; Aviles, de iuditio sindicatus, cap. 10. numer. 1. ibi: *Sed in extraiudiciali deponens elegit locum, vel personam, prout sibi placuit, quia de eo, quod deponitur non est controuersia*: y en este deposito habla en el núm. 2. y es solo para evitar la falta, o quiebra de el depositario. En cuyos terminos habla tambien Guiurba, decis. 38. per totam, & 98. La segunda, que es necessario la oblacion, ya sea a la parte quando parece, y lo es legitima para recebir, ya quando no lo sea, ipsi iudici, Bart. in d. l. si servus paratus, ibi: *Debet auctoritate iudicis facere consignari, & coram iudice offerre.* La tercera, que todos requieren, y presuponen que á de preceder la oblacion a el deposito, y no preposterarse, depositando primero. Todo esto se prueva bien con los textos, y lugares que alega la otra parte, y principalmente con Negusancio de pignoribus, 3. membro, 5. partis, num. 26. vers. septimo requiritur, & vers. octavo requiritur; y mejor, y mas expressamente que todos, haziendo la distincion de los depositos extrajudiciales, en que no ay controversia, y los judiciales en que la ay, el mismo Tiraquel. que se alega de retractu convent, §. 4. gloss. 7. nu. ubi ex Baldo, Paulo Castr. & Alexan. necessarium esse omnino, ut depositum fiat iudicis auctoritate.

43 Viendose la otra parte convencido, en que es necessario decreto de el Iuez para hazer el deposito, dize, que el que hizo fue judicial, y procura provarlo con diferentes medios. Y para satisfazer a todos brevemente, dezimos, que lo paccionado en la postura,

tura, y remate, fue que el deposito se avia de hazer de el resto, que quedasse, descontados los tributos, y assi quando pudiesse aver alguna controversia, o dificultad, solo podia ser en el resto (que no ay, como se hizo demonstracion en el primer articulo) no empero, en lo demas en que no uvo pacto, sino de lo contrario, pues supuesto que el convenio fue, que el resto se avia de depositar, y que para ello se avian de descontar los principales de los tributos, y uno, y otro tuvo su providencia especial, y modo como se avia de hazer la paga; y basta que se diga, que el deposito se avia de hazer de el resto, para que en lo que montassen los tributos estuviesse excluydo el deposito, siquidé inclusio unius est exclusio alterius, cap. non ne benedicimus nos de presumption. l. cum prætor. ff. de iudicijs, & inclusio certæ, & determinatæ rei, aut quantitatis excludit reliquam, Ruinus cons. 112. num. 3. lib. 5. Angelus, cons. 375. num. 3. De aqui nace, que todo lo que en este particular se alega se retuerce facilmente contra la otra parte; pues si por averse hecho el deposito en execucion de el remate judicial, se à de tener por judicial, y por ser consequencia lo uno de lo otro: pero si todo esto fuesse contra el remate, claro está que lo contrario se à de dezir, y le obstan a la otra parte sus mismas razones. Y el averse dado provision para que a el Relator se le pagassen sus derechos de el dinero depositado, ni aprueva el deposito, por ser cosa hecha inter álios, y muy estraña, y sin dependécia de semejante aprovacion, y en el cons. 385. num. 31. de Pedro Surdo, se hizo el deposito presente, sciente, & tolerante iudice, ut constat num. 34. y el Iuez mandò se pagasse a la misma parte cierta cantidad, cō que el deposito en el resto quedò aprovado; y en los mismos terminos habla Graciano, cap. 8. num. 17. & 18. Como quiera, que si uviere resto, de el se hará bueno lo que se librò, o lo cobrarà la otra parte en primero lugar de los bienes concursados.

En el resto, si lo uviesse, era la mayor dificultad, y parece se
44 remueve tambien con el defecto de oblacion, y auto de la Sala, que queda advertido. Y aunque en la postura, y remate se aya dicho que se avia de depositar el resto en el depositario general, todavia se à, y deve entender, que esto se avia de executar legitimo, & civili modo, l. qui in testamento in princ. ff. de testam. §. in extraneis institution. de hæred. qualit. & differ. cap. 2. de

 ętate,

ætate,& qualitate, lib. 6. in specie, Surdus, conſ.385.nu.30. Siquidem, por aquellas palabras, *y depoſitar el reſto*, no quedaron excluydas tantas, y tales calidades, como ſe requieren para que el depoſito ſe haga legitimamẽte; y ſino, diga la otra parte, ſi cõ dezir, *y depoſitar el reſto*, pudo depoſitar mas, o menos, o coſa diferente, o hazer el depoſito condicional, o no hazerlo en lugar, e tiempo guiſado, como dize la ley 8. tit. 14. partit. 5. y quitar tambien la citacion, y oblacion, y arrogarſe a ſi la autoridad judicial que deve intervenir en el depoſito. Y por el miſmo caſo que ſe hizo con autoridad de la Sala el remate, y obligacion, con la miſma ſe deviò hazer el depoſito, y paga, para deshazer la oblacion, que con la poſtura, y remate ſe avia contraydo, quia nihil tam naturale eſt, quam eo genere, quodque diſolvi, quo colligatum eſt, ut dictat iuris regula, & tradit in individuo, Surdus, d. coſ. 385. num. 30.

45 Y lo que ſe dize cerca de la enagenacion de los bienes de el menor, no ſe aplica a nueſtro caſo; porque quando el Iuez dá licencia para empeñarlos, por neceſſaria conſequencia es viſto darla, para que ſino pagare la deuda, ſe venda, argumento text. in l. 2. ff. de iuriſdictione omn. iud. y de otra ſuerte fuera inutil, y ſuperflua la licencia para el empeño, ſino queriendo pagar, no avia de poder el acreedor vender los bienes, y para eſte fin ſe dá la licẽcia de obligar los bienes de el menor, ut ex ipſis poſsit creditor exigere debitũ, vendiendo los bienes obligados, ſiquidem per obligationẽ pervenitur ad venditionẽ pignoris, ut ex l. 2. & 3. ff. de diſtract. pign. tradit Neguſanc. de pignoribus, 3. mẽbro, 2. partis, num. 7. y la licencia para empeñar es preambulo para la venta, y aſsi concedido, o prohibido lo uno, eſtà concedido, o prohibido lo otro, l. oratio, ff. de ſponſalibus.

46 Y porque en eſte particular ſe juntan infinidad de coſas, que nos à parecido, no neceſsitan de reſpueſta, omitimos el reſponder con la latitud que fuera neceſſario; ſi ſe aplicaſſen bien tantas, y tan buenas doctrinas, como ſe alegan: porque por el miſmo caſo que el remate ſe hizo con autoridad judicial, ſe avia de hazer con la miſma el depoſito, ut ſupra tetigimus. Y el depoſito que es en execucion, y paga de la obligacion de el remate, ſe à de hazer a el Iuez; y aunque ſea apendice lo uno de lo otro, importa poco, pues por eſto no ſe le quitò, ni quedaron derogadas

das las calidades que se requieren para el deposito: el lugar adõde se avia de hazer, quedò convenido en el remate, no destruydo tanto derecho como se requiere para ligitimacion de el deposito; que quando en el hazerlo no interviniesse dolo, basta que interviniesse qualquiera culpa, para que corra por la otra parte la baxa, como luego se dirà. Que el derecho de executar, ex causa iudicati, o por cõtrato sea todo uno; y lo mismo en la facultad ingrediẽdi auctoritate, importa poco, pues en nuestro caso no se le diò facultad a don Lorenço, para que propria auctoritate sin licencia de el Iuez hiziesse el deposito, ni ay cosa de esto en la postura, y remate; y assi hizo muy bien don Lorenço en pedir licencia a la Sala para hazer el deposito (si lo prosiguiera, y perficionara) y porque la otra parte niega aver pedido esta licencia. Lo que passa es, que por su peticion de 25. de Agosto ofreció depositar treinta y siete mil quinientos y quarenta y seis reales, dexando en su poder treinta y tres mil ochocientos y veinte quatro reales por cuenta de el colegio de S. Hermenegildo, pidiò *que se declarasse auer cumplido con hazer el dicho deposito, y que se hiziesse notorio el deposito, y retencion a los acreedores, para que les pare entero perjuyzio; y corra por su cuenta, y riesgo qualquiera accidente que sobreuenga.* De este pedimiento se mandò dar traslado a los acreedores, y se notificô a los procuradores en veynte y siete de Agosto, y en treynta bolviò a dar peticion, diziendo que se avia notificado el traslado, y q̃ tenia peligro la dilacion; pidiò se traxessen los autos, y se determinasse sobre el dicho articulo, y mãdaron traer los autos. Estando en este estado, sin mas autos, ni otra diligencia alguna, en quatro de Setiẽbre don Lorenço depositò en el depositario general setenta y un mil trecientos y cinquẽta reales, que era lo q̃ sobrava de los siete mil ducados de la postura, y remate, descontado el principal de un tributo perpetuo de seis mil y quatrocientos maravedis de renta, sin hazer discuento de los principales de los tributos redimibles; y el mismo dia, quatro de Setiembre, diò peticion, diziendo, *como tenia hecho el deposito, y pidio que se declarasse auer cumplido con su obligacion, y auer quedado libres las casas de todos los tributos, e hypotecas, y que el dinero queda, y està en el depositario por cuenta, y riesgo de Pedro de el Carpio, y de sus acreedores, y que se les hiziesse saber; y que el administrador le entregasse los titulos de las casas:* y se mandò dar traslado

lado a los acreedores, y que se notificasse a don Fernando de Montesdoca, Administrador de los bienes del concurso, que entregasse los titulos: y en el mismo dia se notificò a los procuradores de los acreedores. Y en 5. 10. y 12. de el mismo mes, parece se notificò a los acreedores en persona, y a el Mayordomo de la Real, y al Administrador de el Hospital de el Cardenal, y a el Comendador de el Convento de Mercenarios Descalços. Este es el hecho puntual, y la verdad de lo que passò; de modo que el ofrecimiento de el deposito en cantidad de treinta y siete mil y tantos reales lo hizo judicialmente don Lorenço, y no se notificó en persona a los acreedores, sino a los procuradores, y sin aver determinacion en este articulo, hizo el deposito de todo el precio, menos el tributo perpetuo; y despues de hecho se notificò a los procuradores, y despues a los acreedores: con lo qual bien se vè, que reconociò la necessidad que avia de hazer el deposito iudicis auctoritate; y quando no lo reconociera, no importara, siendo requisito necessario de derecho, ex supra traditis. La omision de lo qual, si le causò perjuyzio, o no a el menor, o a quien no hizo bien el deposito, no es de este lugar el disputarlo, seralo quando se trate de este Articulo, de que estimarè mucho ver libre a don Lorenço. Accelerose mucho en este deposito turbando el orden, y omitiendo la solemnidad tan precisa de el mandato de la Sala, nullam enim rem magni consilij tam inimicam negotijs, quam celeritatem, ut inquit Democritus Aetolorum Pretor, apud Livium, lib. 31. ex celeritate, & festinatione insurgit scrupulus, ut inquit Cicero pro Rosio Amerino, & ex ea in forensibus causis causatur nullitas DD. in l. prolatam, Cod. de sententijs, Zephal. cons. 316. nu. 61. Mascard. conclus. 951. nu. fin.

Quarto, y ultimo Articulo.

Que el riesgo de la baxa de la moneda corriò por cuenta de don Lorenço, y no por los acreedores, en cuyo Articulo deuen ser oydos, y que a el Convento de la Real se le deue conceder licencia para suplicar de el auto de aprouacion de el remate de las casas, o concederle restitucion para suplicar.

47 LA regla de derecho, y doctrina comun, y universal de los Doctores, sin contradicion es, que el deposito hecho ilegitima-

timamente, sin los requisitos necessarios, ni sirve de paga, ni libra a el deudor depositante, ni transfiere el dominio de el dinero, sino queda en el suyo, y assi corre el riesgo que sucediere en lo depositado, assi de la persona de el depositario; como de los accidentes, y casos fortuytos, Tiraquellus, & Hermosilla, ubi supra: y assi supuesto que se à hecho demostracion de algunos defectos que tuvo este deposito, bien essenciales, no ay duda, sino que el riesgo de la baxa corriò por cuenta de quien depositó: para lo qual aun no es necessario dolo, ni gran culpa, basta qualquiera, Trentacinquius, dict. titul. de solut. resolut. 22. num. 2. vers. decimo requiritur, ex Decio, Cagnolo, Aflictis, & Tiraquellus, pues no es pequeña culpa la de el defecto de oblacion extrajudicial, *creditoribus post contestationem offeras*, y el defecto de mandato de el Iuez, *ubi competens iudex super ea re aditus*, y de averse hecho contra lo paccionado, y demas cantidad de la que se devia depositar, conforme a la postura, y remate, *id observatur, quod actum est*; y si cada cosa de estas es culpa omitirla, todas juntas harán mayor el defecto, y mas intolerable, *singula quæ non prosunt, multa collecta iuvant*. Pero aun ay otro mayor que todos; porque el remate no tenia toda la perfeccion que devia: porque si bien que estava aprovado por auto de vista, mandado executar sin embargo de suplicacion, todavia esto estava sujeto a revocarse en revista, dandose licencia para ello, cō se haze cada dia, y se devia dar; y en caso necessario, conceder restitucion para suplicar, como la tiene pedida el Convento, y se devia conceder a otros acreedores que tienen, y gozan de privilegio de minoridad, como son dos Conventos, un Hospital, y una Capellania; el Convento de la Real la tiene pedida, y para concedersele restitucion, no avia menester mas provança de lesion, que averle denegado el remedio de la suplicacion, ex eo solo, quod omissa sit appellatio, aut suplicatio censetur lessus. & danda est ei restitutio, gloss. in l. si minor. 25. ann. §. ff. de minoribus, Sphortia de restit. 1. part. quæst. 36. num. 40. & semper conceditur restitutio adversus omissam appellationem, l. si sine, §. penultimo, ff. de minoribus cum mille alijs adductis ab eodem Sphortia de restit. 2. part. quæst. 69. num. 9. maximè, quando minor dat fumum de bono iure suo, & ex Bartol. & alijs, tradit Sphortia, ubi proximé, numer. 15. Tanto mas estando

denegada, y no puede ser mejor que la notoria justicia en la causa principal; porque siendo asi, que por executoria de sentencias de vista, y revista està graduado el Convento por su tributo, y reditos en plata, se admitió la postura, y hizo el remate, y se aprovò por auto de vista a pagar, y redimir en bellon. Quando uviera executoria de autos de vista, y revista de aprovacion, era nula, y no podia obrar efecto alguno, siendo contra la primera, l.1.ff. quæ sententiæ sine appellatione rescindantur, l. post. sententiam, Cod. de sentent. & interlocution. Bartol. in l. quod iussit, num.1.ff. de re iudicat. l. 13, titul. 22. partit. 3. idem Bartolus in l. de quibus, num. 17. ff. de legibus. De aqui nacen dos cosas. La primera, que para admitirse la suplicacion del auto de aprovacion de el remate, aun no es necessaria restitucion, basta el remedio ordinario de la causa tan justa de nulidad, para que se revoque, l. nam etsi sub conditione, ff. de iniusto rupto, l. obligare, §. tutor. ff. de auctor. tutor. l. tutor. Cod. in quibus causis in integrum restit. non est necess. Con lo qual concurre, que si conforme a el concepto de la otra parte pudo redimir, y pagar luego los principales de los tributos, contiene notorio, y evidente agravio el auto de aprovacion, siquidem redemptio census debet fieri sortis simul cum reditibus decursis pro rata temporis, y de otra suerte no se puede hazer, y se le haze notorio agravio a los acreedores tributarios, ut ex Covarrub. Cagnolo, Tiraquel. Rolando, Folerio, & Barbosa; tradit Felician, lib. 4. cap. unico, num. 2. & in apendice eiusdem capitis, num. 7. vers. tertia opinio ex pluribus quos ibi allegat.

48 La segunda, que el remate, y aprovacion fue nullo, y no uvo contrato con la perfeccion necessaria para constituyrse deudor don Lorenço de el precio de la casa, que no le estava vendida: con lo qual es sobrado todo lo que tan largamente avemos escrito, mas por satisfacer a el natural rezelo de los litigantes, que por entender que fuesse necessario; siquidem, el contracto, y remate, no tuvo perfeccion, antes nulidad, por averse puesto en el cōdicion ex diametro contraria a la executoria, nullius enim entis nullæ sunt qualitates, l. eius qui Provintiā, versiculo quoniam, ff. de certum petatur: y asi no pudo tomar de este remate ocasion para hazer el deposito, ni pudo darle derecho alguno, Rota apud Farinac. decisione 572. num. 9. parte 1. recentio

como.

como sino se uviesse hecho el remate, Menoch.cons.230.nu.13. ni por el deposito hecho con tantas nulidades, perdiò el dominio de el dinero la otra parte, ni se adquiriò a Pedro del Carpio, ni a sus acreedores, Guiurba, decis.24.num.6. Surdus, decis.268.num.9. Gratianus, cap.691.num. 24. y assi a el le toca el riesgo, y baxa de la moneda, ex Trentacinquio dicta resol.22. & ex Tiraquello. Felician. Hermosill. supra traditis: & deponens minus legitimè non liberatur, Carrotius de deposito, 2.part.quæst.82.

Con esto solo quedava respondido a lo que en este Articulo se alega, porque si el remate no tiene, ni tuvo perfeccion, antes nulidad (como estava alegado por el Convento en peticion de treynta de Agosto, y mas largamente en cinco de Setiembre) no tiene para que valerse don Lorenço de las palabras de la postura, ni de el remate: pero ni aun quando no tuviera este defecto, se podia valer de ellas la otra parte, sino es cortando de la postura, lo que no le està bien. Ya sabemos lo paccionado haze ley, *legem enim contractus dedit*; ut inquit text. in l. contractus, regulis iur. mas las palabras de nuestro contracto destruyen la pretension contraria; porque lo que se avia de depositar, o quedar por cuenta de los acreedores en poder de don Lorenço, era el resto, descontados los tributos (como tantas vezes avemos dicho, y es fuerça repetillo, porque por instantes se cortan, y dividen las palabras de la postura) y es capcioso notoriamente el discurso que se haze, per brevissimas mutationes, en aquellas palabras, *que an de correr el riesgo los acreedores de el dinero*, y que la palabra, *dinero*, es indefinita, y comprehende todo el precio: porque ninguna cosa ay que convença a la otra parte, como las palabras referidas, entendiendolas sana, y legitimamente. Los siete mil ducados (conforme a el pacto) se avian de pagar en dos cosas, en discontar de los siete mil ducados, los tributos, y reconocerlos; y el resto en dinero depositado, o en poder de don Lorenço, corriendo en lo que era dinero el riesgo los acreedores. Esto es lo que contiene la postura, y remate, sin alterarla en cosa alguna, con la nulidad que queda advertido.

49 A que no se satisface con dezir que ya se ventilô, y litigò en el Articulo de la aprovacion, y quedò vencido, y que la postura mayor se deviò admitir, y que los acreedores tendràn su derecho

cho contra Pedro de el Carpio, para que les pague en plata. Muy de prieſſa paſſa por eſto la otra parte, y en coſas menos importantes ſe à detenido mucho: pero brevemente ſe le reſponde, que el Articulo de la aprovacion de el remate no eſtá vencido, porque falta la inſtancia de reviſta; que quãdo la uviera, era nula, por ſer contra executoria: que ſi la poſtura fuera llana de ſiete mil ducados en dinero, ſin diſcuento alguno, aun no podia correr lo que dize la otra parte, por no averſe hecho el depoſito citado creditore, como ſe requeria, para que obre ſus efectos, ut ex pluribus Hermoſilla, dict. gloſſ. 4. num. 87. Pero que ſiendo condicion de el remate, que avia de diſcontarſe los principales de los tributos en bellon, con el premio corriente, y que avia de cumplir con reconocerlos, y poderlos redimir quando quiſieſſe en bellon, con el premio corriente, y pagar en el interin los corridos en bellon ſin premio alguno, fue ex diametro, contrario a la executoria, que graduò los tributos en plata, y los reditos en la miſma moneda, o en bellon, con el premio de diez por ciento. Veaſe aora, ſi puede ſer coſa mas contraria en la materia de que ſe trata. Y dezir que uvo auto de reviſta aprovando el remate, es contra los autos; porque el de viſta ſe mandò deſpachar, y aunque ſe à pedido licencia para ſuplicar, y pedido reſtitucion, no ſe à viſto en eſte articulo, ni ay coſa juzgada en el, y aſsi no obſta la prematica de el año de 1615. que habla en las ſentencias, de que no á lugar ſuplicacion; y en ſemejantes autos, como el de la aprovacion de el remate, aunque ſe manden deſpachar, ſe concede por inſtantes licencia para ſuplicar.

50 Y no ſe puede negar la reſtitucion quando fueſſe meneſter, por lo que queda fundado, ni importa para concederla, que don Iuſtino ſea menor; porque demas de que aqui no tiene intereſſe alguno, ni en la poſtura referida ſe habla de el, la regla præviſegiatus contra pariter præviſegiatum non gaudet præviſegio, no corre en eſte caſo; porque el Convento de la Real funda ſu pretenſion en eſpecial privilegio, para que ſea reſtituydo contra omiſſam, ſeu denegatam ſuplicationem: y don Iuſtino, ſi fuera parte para contradezir la reſtitucion, lo fundara en privilegio general de menor, que no le tiene eſpecial, para que el que con el litiga, ſiendo menor, no ſe le aya de conceder reſtitucion contra denegatam ſuplicationem, y aſsi no corre la

regla

regla referida, Ias. in authent. quas actiones, num. 11. Cod de sacrosanct. Eccles. Covarr. in regul. possessor. 2. part. §. 2. num. 4. vers. quod vero diximus, Menoch. cons. 52. nu. 43. lib. 1. *Ubi quod si communitas petat restitui contra Ecclesiam aduersus omissam probationem, priuilegium communitatis dicitur speciale, Ecclesiæ vero dicitur generale, quia non habet priuilegium, quod non detur restitutio aduersus eam nisi ex generali regula, quod priuilegiatus non utitur priuilegio contra priuilegiatum, quod est quid genericum in omnibus non speciale in indiuiduo.* Bart. in dict. authent. quas actiones, num. 3. Gratianus, cap. 961. nu. 18. & 27. Fontanella, de pactis nup. claus. 4. gloss. 12. nu. 104. & seqq. & probat mihi textus in l. verũ, §. penul. D. de mino. ibi. puto autem inspiciendũ á Prętore quis captus sit. Con lo qual cócurre, que la postura de dos mil y quinientos ducados de plata, hecha por doña Maria de la Paraya, era mucho mejor para los acreedores, y en particular para el Convento, y los demas acreedores de plata; porque entonces valian siete mil y quinientos, y aun mas, de bellon; y aunque era a plaço, avia de pagar en el interin los tributos, y el perpetuo no monta dos mil reales de plata, reduzidos a bellon a como corria entonces.

51 Y finalmente, en este deposito faltò la potestad para hazerlo de todo el precio, y la voluntad de redimir los tributos; porque no se hizo para este fin: y la solemnidad de la oblacion antecedente a el deposito, y la de el mandato de la Sala, Iuez desta causa, conque no pudo alcançar don Lorenço el fin que desseava, para que no corra por su cuenta la baxa, como deve correr: *Nam sine voluntate nihil ad finem producitur, & sine potestate nihil est reducibile, & ubi forma, & modus ad finem ordinatus non seruatur, ad finem perueniri non potest,* ita post Ciceronem, & Boerium, tradit Beroius, consil. 76. num. 26. volum. 1. Surdus, cons. 127. num. 21. & cons. 301. nu. 29. Cum quibus pro nobis respondendum speramus. Salva in omnibus tua eminentur censura, cui dicta subijcio subdoque.

El Lic. Duran de Torres.